

Aspectos procesales en prácticas restrictivas de la competencia*

MODERADOR: ANDRÉS PALACIOS LLERAS¹

PANELISTAS: GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ²

BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ³

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.08>

- 1 Andrés Palacios Lleras. Abogado de la Universidad de Los Andes, Il.m. de Harvard Law School, y Ph.D. de University College London. Actualmente es profesor universitario y asesor de la Superintendencia de Transporte. Es autor de varios artículos sobre Derecho de la competencia y otros temas afines
- 2 Guillermo Sossa González. Abogado, de la Universidad Externado de Colombia/. Máster en Estudios Internacionales con énfasis en Derecho Comunitario Europeo, de la Universidad de Barcelona (España). Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Asistente a la Escuela Iberoamericana de Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español. Entre los años 2000 y 2005, vinculado a la Superintendencia de Industria y Comercio en los cargos de: jefe de Grupo de Prácticas Comerciales Restrictivas, jefe de la División de Protección de la Competencia y Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia (e), desde los cuales dirigió el estudio de fusiones y concentraciones, y las investigaciones en materia de antimonopolios. De 2005 a 2007, abogado asociado del Departamento de Derecho de la Competencia de la firma Prieto & Carrizosa, donde lideró importantes proyectos de concentraciones y defensa de empresas en materia de protección de la competencia. De 2007 y hasta la fecha, socio de la firma Lizarazu, Sossa & Peña Abogados, actuando como consultor en las áreas de Antimonopolios, Trámites ante Autoridades Públicas y Derecho Comercial. Ha sido docente en la materia de Antimonopolios en la Universidad Externado, Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Así mismo, ha sido conferencista invitado en varios foros de discusión académica en materia de competencia.
- 3 Bernardo Andrés Carvajal Sánchez. Abogado, de la Universidad Externado de Colombia, donde es profesor de Derecho administrativo, constitucional y filosofía del Derecho en pregrado y posgrados. Doctor en Derecho público y magíster en teoría del Derecho, de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne, Especialista en Derecho constitucional, de la Universidad París 2 Panthéon-Assas, Especialista en Legislación Financiera, de la Universidad de los Andes, Diplomado en Análisis Económico del Derecho y en Arbitraje Nacional e Internacional. Ha sido consultor del Banco Mundial para la protección de la competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio y magistrado auxiliar de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Actualmente es abogado, consultor y asesor de gremios, empresas privadas y entidades públicas nacionales y territoriales en Derecho contencioso administrativo, Derecho administrativo sancionador, acciones constitucionales y calidad regulatoria. Árbitro inscrito en las Cámaras de Comercio de Barranquilla y Santa Marta. Socio director de la firma Bernardo Carvajal & Asociados.

INTRODUCCIÓN

El procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia no encaja dentro del procedimiento administrativo sancionatorio. Históricamente, si se revisa la primera norma de competencia del país, el Decreto 2061 de 1955 expedido por Carlos Villaveces, Ministro de Hacienda del gobierno de Gustavo Rojas Pinilla, la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964 y el Decreto 149 de 1976, encontramos que las normas sustanciales y de procedimiento en materia de prácticas comerciales restrictivas tienen un origen muy complicado (para nuestra forma actual de entender el Derecho de la competencia), porque parecen más normas de fomento industrial que de Derecho administrativo sancionatorio.

Ello es relevante porque el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 (y así mismo el Derecho de la competencia) está a mitad de camino entre esa historia de ser un derecho o ser parte más bien de un derecho que promueve la competencia junto con el desarrollo industrial a hacer lo que llamamos hoy en día un Derecho administrativo sancionatorio.

La razón por la cual este artículo es importante es porque, hoy, la lectura del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionatorio es muy especial y distinta a la concepción de los redactores del Decreto 2153 de 1992.

Empecemos por el hecho de que no es claro que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992^[4] pueda analizarse claramente bajo la dogmática del Derecho administrativo sancionatorio.

- 4 Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. "Procedimiento. Modificado por el art. 155, Decreto Nacional 019 de 2012. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación. Cuando se ordenó abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes. Adicionado por el parágrafo del artículo 19, Ley 1340 de 2009, con el siguiente texto: 'Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos. Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo. "Parágrafo 1. Adicionado por el art. 16, Ley 1340 de 2009. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de

La razón de ello es que el mencionado decreto no fue expedido bajo el entendido de que se iba a aplicar bajo esta doctrina del Derecho administrativo sancionatorio. De hecho, es muy posible que para la fecha de su expedición esta doctrina apenas estuviera en su más tierna infancia en Colombia.

Un segundo elemento tiene que ver con la incapacidad para pasar de la queja a la sanción. Desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionatorio, el Derecho de la competencia es sumamente ineficaz, porque las estadísticas revelan que el Estado apenas adelanta un porcentaje mínimo de investigaciones frente al número de quejas que se le presentan, como se evidencia a continuación:

TABLA 1. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DATOS ESTADÍSTICOS

No.		Concepto	2013	2014	2015	2016	Indicadores	2013	2014	2015	2016
		Delegatura para la protección de la competencia									
		Integraciones Empresariales									
		Integraciones Empresariales									
1		En trámite inicio periodo	10	13	12	15	Cobertura	74,5%	77,8%	76,2%	80,4%
	+	Solicitudes concepto	41	41	51	41	Eficiencia	92,7%	102,4%	94,1%	109,8%
	-	Conceptos emitidos	38	42	48	45	Creacimiento solicitudes	-6,8%	0,0%	24,4%	-19,6%
		En trámite fin periodo	13	12	15	11	Crecimiento atención	-9,5%	10,5%	14,3%	-6,3%
1M		Número de multas – Seguimiento condicionamientos – Integración									
		Número de multas	0	0	0	0	Crecimiento	-100,0%			
		Prácticas comerciales restrictivas									
2		En trámite inicio periodo	151	216	330	491	Cobertura	56,5%	47,7%	40,0%	25,4
	+	Denuncias	345	415	488	418	Eficiencia				
	-	Atención denuncias	280	301	327	231	Creacimiento denuncias	-40,5%	20,3%	17,6%	-14,3%
		En trámite fin periodo	216	300	456	642	Crecimiento atención	-50,4%	7,5%	8,6%	-29,4%

Industria y Comercio. Parágrafo. La autoridad de competencia expedirá las guías en que se establezcan los criterios con base en los cuales analizará la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas".

No.	Concepto	2013	2014	2015	2016	Indicadores	2013	2014	2015	2016
Prácticas comerciales restrictivas – Preliminar										
2.1	En trámite inicio periodo	117	184	300	456	Cobertura	60,3%	49,9%	41,7%	26,5%
	+ Denuncias	346	415	482	418	Eficiencia	80,6%	72,0%	67,6%	55,5%
	– Atención denuncias	279	299	326	232	Creacimiento denuncias	-40,2%	19,9%	16,1%	-13,3%
	En trámite fin periodo	184	300	456	642	Crecimiento atención	-51,1%	7,2%	9,0%	-28,8%
Prácticas comerciales restrictivas – Investigaciones										
2.1	En trámite inicio periodo	34	32	30	35	Cobertura	31,9%	21,1%	16,7%	18,2%
	+ Denuncias	13	6	12	9	Eficiencia	115,4%	133,3%	58,3%	88,9%
	– Atención denuncias	15	8	7	8	Creacimiento denuncias	-31,6%	-53,8%	100,0%	-25,0%
	En trámite fin periodo	32	32	35	36	Crecimiento atención	15,4%	-46,7%	-12,5%	14,3%
Número de multas – Prácticas comerciales restrictivas										
2M	Número de multas	9	7	6	7	Crecimiento	50,0%			16,7%
Ofrecimiento de garantías										
3	En trámite inicio periodo	2	2	1	1	Cobertura	75,0%	50,0%	0,0%	100,0%
	+ Solicitudes concepto	6	0	0	0	Eficiencia				
	– Conceptos emitidos	6	1	0	1	Creacimiento solicitudes	-33,3%	-100,0%		
	En trámite fin periodo	2	1	1	0	Crecimiento atención	-57,1%	-83,3%	-100,0%	

Fuente: Gestión Institucional⁵.

Desde el numeral 2 observen cómo van aumentando los trámites que se están haciendo, miren cómo aumentan las preliminares y luego las investigaciones (entre los años 2013 y 2016). Para trámite de fin de periodo de preliminares se tienen 642 y el número de

5 Disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Informes/ESTADISTICAS_Julio_2018.pdf

multas es de 7 (para el año 2016). ¿Que hay en la mitad? El trámite de investigaciones del periodo de 2016, cuando hay 35.

Eso quiere decir que hay un número particularmente alto de quejas, de las cuales se van filtrando propiamente por el trámite, que es 35, y de las cuales se deciden 7. Eso quiere decir que hay un cuello de botella en el funcionamiento del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Esta disfuncionalidad –y esta es mi hipótesis– ha dado lugar a una institución informal llamada la *quejatura*. Y ¿cómo funciona este filtro? Este filtro es interesante porque cuando se mira a la luz del artículo 52, la *quejatura* es un filtro anterior a la averiguación preliminar, que no está como tal en la ley.

LA QUEJATURA

¿Cuál es el fundamento legal y constitucional para el desarrollo de este filtro informal de las investigaciones en la SIC?

Bernardo Carvajal Sánchez

En primer lugar, el fundamento que se invoca es el inciso primero del artículo 52:

[...] la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Por vía de interpretación se ha determinado ejecutar una etapa preliminar a la investigación preliminar, por lo que, en mi opinión, hay que hacer un ejercicio de integración normativa. ¿A que se refiere la expresión admisible y prioritario? Yo creo que debe hacerse una interpretación a la luz del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, particularmente bajo el parámetro de la significatividad.

La significatividad se analiza como un requisito de procedibilidad de las investigaciones mas no de las averiguaciones preliminares. El artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 señala como función de la Superintendencia de Industria y Comercio la de "(...) Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta".

Realmente hay que preguntarse si ese análisis de significatividad hace parte o no de la averiguación preliminar, o si, por el contrario, es una etapa anterior a la averiguación

preliminar. En mi opinión, es absolutamente claro que dentro de la averiguación preliminar se debe verificar como criterio para evaluar el mérito para abrir una investigación la significatividad, eso parte justamente de lo que hay que averiguar en la investigación preliminar. Además, es un contrasentido lógico crear una etapa anterior a una que se llama preliminar.

En estricto sentido, un procedimiento administrativo sancionador solo comienza con la apertura de la investigación, todo lo demás son actuaciones previas; por lo tanto, no tiene sentido una etapa "pre-preliminar". Adicionalmente, hay que revisar el tema dentro de la óptica del derecho de petición, porque la denuncia o queja es una modalidad del ejercicio del derecho fundamental de petición. Entonces, habría que hacer una segunda integración normativa de las garantías de los artículos 16, 17 y 19 de la Ley 1755 de 2015 incorporadas el CPACA⁶, porque la única razón para poder rechazar y desestimar

- 6 "Artículo 16 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Contenido de las peticiones. Toda petición deberá contener, por lo menos:

"1. La designación de la autoridad a la que se dirige.

"2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia. El peticionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica. Si el peticionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.

"3. El objeto de la petición.

"4. Las razones en las que fundamenta su petición.

"5. La relación de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite.

"6. La firma del peticionario cuando fuere el caso.

"Parágrafo 1°. La autoridad tiene la obligación de examinar integralmente la petición, y en ningún caso la estimará incompleta por falta de requisitos o documentos que no se encuentren dentro del marco jurídico vigente, que no sean necesarios para resolverla o que se encuentren dentro de sus archivos".

"Parágrafo 2°. En ningún caso podrá ser rechazada la petición por motivos de fundamentación inadecuada o incompleta.

"Artículo 17 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Peticiones Incompletas y Desistimiento Tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.

"A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

"Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

"Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso

de plano una queja es que definitivamente no cumpla con el mínimo de requisitos del derecho de petición, y aun así la ley estatutaria establece qué se debe recibir.

En la práctica, la decisión de la *quejatura* no sería susceptible de recurso en la medida en que formalmente, lo que afirman es que como es anterior a la averiguación preliminar, no están poniendo término a la actuación administrativa y por ende nunca hubo investigación, luego este auto no es susceptible de ningún recurso.

Guillermo Sossa González

El procedimiento de prácticas comerciales restrictivas tiene muchos vacíos y la labor de integración normativa no resulta sencilla.

En este caso, el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece un filtro, que indica que, antes de adelantar una averiguación preliminar, la Superintendencia de Industria y Comercio debe establecer si es admisible y prioritaria. Por otro lado, es de tener en cuenta que, al ser una norma de carácter procesal, es de orden público y obligatorio cumplimiento.

En caso de que la Autoridad de Competencia reciba una queja extraña al ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009^[7], ¿para qué va a iniciar una investigación preliminar? El CPACA es muy claro cuando establece los principios de eficiencia en la actuación administrativa, de no desgastar ni al aparato de justicia ni a los administrados. Entonces ¿para qué va a iniciar una investigación si no se dan los requisitos para ello?⁸. Así, la norma debe generar efectos procesales y tener un sentido lógico, en el caso en particular es obligatoria y relevante su aplicación.

de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales".

Artículo 19 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. "Peticiónes irrespetuosas, oscuras o reiterativas. Toda petición debe ser respetuosa so pena de rechazo. Solo cuando no se comprenda la finalidad u objeto de la petición esta se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición. En ningún caso se devolverán peticiones que se consideren inadecuadas o incompletas.

"Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane".

7 Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. "Ámbito de la ley. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

8 Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Moderador

Tenemos entonces dos posiciones muy claras. La del doctor Bernardo, a la luz de la cual, con una integración normativa juiciosa, la *quejatura* como tal no es un actuar conforme al Estado de Derecho. La otra posición, la del doctor Guillermo, de acuerdo con la cual la *quejatura* y su actividad tiene perfecto sentido dentro de las normas establecidas, y que sería útil para la Superintendencia aclarar cómo es su funcionamiento y ver cómo se están sustentando las decisiones.

DOBLE INSTANCIA

Como nota histórica la doble instancia ya existía⁹ y fue eliminada por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el que se insertó la tipología del informe motivado y de resolución final. Con ello, al introducir la doble instancia: ¿qué facultades específicas quedarían en la primera instancia y cuáles en la segunda? y ¿qué pasaría con el consejo asesor?

Guillermo Sossa González

En Colombia no hay apelación porque el CPACA establece en el artículo 74 que no habrá apelación contra los actos de los superintendentes, incluyendo el de Industria y Comercio. Luego, si el Superintendente de Industria y Comercio adopta la decisión final, contra ese acto no procede la apelación.

Los asuntos de competencia desleal y protección al consumidor de índole jurisdiccional sí tienen recurso de apelación¹⁰, y los de metrología legal, protección al consumidor, propiedad industrial y datos personales también cuentan con doble instancia¹¹. El único que no tiene doble instancia es el procedimiento de prácticas restrictivas, y eso es grave porque, sin particularizar, el recurso de reposición tiene un problema y es el denominado sesgo de confirmación, según el cual un funcionario que impone una multa es porque tiene un conocimiento íntimo. Luego, las probabilidades de que ese funcionario cambie de parecer son ínfimas y [sería] anómalo porque no va con la arquitectura de la construcción de la ley.

Me parece muy provechoso para el debido proceso y la institucionalidad que exista una doble instancia. Entonces, el delegado para la protección de la competencia debería ser la primera instancia, pues tiene el conocimiento técnico y la segunda instancia, en apelación, debería ser conocida por el Superintendente sin ningún sesgo. No obstante, habría que hacer una reforma y es que el Superintendente Delegado no sea un inferior

9 En el Decreto 141 de 1976 había un primer delegado y luego el Superintendente adoptaba la decisión final.

10 Decreto 4886 de 2011.

11 De acuerdo con las reglas procesales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 4886 de 2011.

jerárquico del superintendente, porque nada se lograría, si no que fuera una instancia. Esto quiere decir que los dos tuvieran una nominación presidencial como era antes.

Respecto del Consejo Asesor, su utilidad es precaria, porque es consultivo, no sustancial, no está integrado por funcionarios públicos y no tienen responsabilidad fiscal ni disciplinaria.

Bernardo Carvajal Sánchez

No es un requisito indispensable que el superintendente delegado no sea inferior jerárquico del delegado, pues el CPACA contempla la situación del recurso frente al superior jerárquico. Ahora bien, si se hace un juicio de constitucionalidad de cara a la ausencia de lo que sería una comisión legislativa respecto de la doble instancia, el estado de cosas actual es inconstitucional. El precedente constitucional ha establecido que no es indispensable que exista doble instancia en todos los procesos, pero que se debe hacer un análisis de razonabilidad y proporcionalidad si es necesario para garantizar el debido proceso del procedimiento administrativo sancionador.

Si acudimos al criterio de proporcionalidad y se hace una prueba de igualdad, no es posible que algunos procedimientos administrativos sancionatorios, dentro de la misma autoridad administrativa, y de menor intensidad que el sancionatorio de la libre competencia, tengan doble instancia y este no la tenga¹².

En segundo lugar, y en materia procesal, hay que separar necesariamente la instrucción del juzgamiento, y la posibilidad de hacer doble instancia sería la manera para separar las etapas, pues ninguno de los superintendentes —el de Industria y Comercio y el delegado— puede interferir en la instancia del otro. Podría ser interesante sobre la doble instancia el tema de garantías, podríamos pensar si una reforma no sería recurrible y sería apelable porque ahí ya cabría la apelación, si el delegado niega las garantías la podría decidir en apelación el superintendente.

MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 3.7 del Decreto 4886 de 2011 prevé como función del Superintendente la de "ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal". Con ello, la Autoridad de Competencia en prácticas restrictivas de la competencia, en particular el Superintendente de Industria y Comercio, tiene la facultad legal de imponer distintos tipos de medidas cautelares, en particular medidas innominadas, o solamente las nominadas explícitamente las que se refieren este numeral del artículo 3?

12 Algunas sentencias de referencia al respecto son la C-213 del 2007 y C-248 de 2013 de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2006, sección primera en sentencia de unificación.

Bernardo Carvajal Sánchez

Esto lo que sugiere es que hay una dispersión dentro de las mismas disposiciones y yo insisto en la integración normativa, hay que hacer una recodificación. El artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 es de jerarquía superior al Decreto 4886 de 2011, contiene una norma especial sobre medidas cautelares que establece que la autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

Resulta más pertinente respecto de la siguiente pregunta: ¿las medidas cautelares respecto de las que estamos hablando, solamente se pueden adoptar en el marco y con ocasión de procedimientos administrativos sancionatorios de la libre competencia? ¿O se trata de medidas que el Superintendente puede adoptar en todo momento y lugar, independientemente de que se haya iniciado un procedimiento administrativo sancionador?

La redacción del artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 permite colegir que estamos ante una medida cautelar en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, lo que restringe la discrecionalidad del Superintendente para decidir cuál es la medida que procede.

Ahora, existen dos posiciones respecto a lo anterior: (i) las medidas cautelares en un procedimiento administrativo sancionador son innominadas o (ii) las medidas cautelares en un procedimiento administrativo sancionador son nominadas. En mi opinión, son nominadas y solamente consisten en la suspensión inmediata de conductas. El otro tema es que hablar de medidas cautelares en un procedimiento cuya finalidad es verificar si procede o no una sanción es muy difícil hacerlas compatibles, porque el requisito es que ponga en riesgo una decisión sancionatoria. Con ello, si dicta la medida cautelar en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio tiene que ceñirse a lo que está en el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, que contiene una medida cautelar nominada y con una finalidad específica, es decir que hay una carga argumentativa.

Guillermo Sossa González

¿Por qué la decisión de las medidas cautelares es del Superintendente? La respuesta es porque es quien decide, pero también es cierto que cuando estamos en una etapa de instrucción, inclusive más extremo en una averiguación preliminar, si esa posibilidad existiera, es extraño que el Superintendente frente al cual el procedimiento ha previsto que solo conozca de la decisión final, tenga que revisar elementos probatorios respecto de una investigación que todavía está en etapa de instrucción y que no le debería atañer a él.

El artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 es una norma bastante ambigua y trata de unir dos cosas que no se pueden unir. Primero, el sentido de ordenar una medida

cautelar para la suspensión inmediata de unas conductas y, segundo, supuestamente atado a lo primero, a la necesidad de adoptar las medidas frente a la eventual decisión sancionatoria.

Me parece que el sentido que debería tener una medida cautelar en prácticas restrictivas es de carácter preventivo. Evitar que el mercado sufra un daño mientras se adopta una decisión final. Pero ligar el carácter preventivo frente a la decisión de una autoridad no tiene lógica.

Esta norma es especial y prevalece frente a cualquier disposición de medidas cautelares del Código General del Proceso o del CPACA. Como cualquier atribución de autoridad pública, se rige por el principio de legalidad de la actuación administrativa, los funcionarios públicos únicamente pueden hacer lo que la ley los faculta y ello indica que el Superintendente de Industria y Comercio la única medida cautelar que puede ordenar es la que ley lo faculta y es la suspensión inmediata de una conducta.

Para que exista una orden de suspensión se requieren dos elementos:

1. Un elemento probatorio sumario de que una práctica anticompetitiva tuvo lugar.
2. Que esa práctica para el momento de la medida cautelar se continúe ejecutando.

Son dos cosas los efectos de una práctica restrictiva con las consecuencias de una práctica restrictiva, pues si la conducta ya se consumó la medida cautelar es improcedente.

Cualquier medida cautelar supone por antonomasia una especie de prejuizgamiento, aquí es por la estructura del procedimiento. Si la investigación es del delegado, pues la medida cautelar debería ser del delegado.

SENTENCIA C-165 DE 2019

¿Cuáles son los límites a las visitas administrativas "no anunciadas"?

Guillermo Sossa González

Yo creo que, si se tiene un procedimiento reglado, estos debates sobrarían. Esta sentencia debió haber terminado el debate, pero lo que hizo fue hacer que el debate resurgiera. Los límites son claros y están escritos, en una visita la Superintendencia no requiere una orden judicial. La Corte señaló que tiene que existir una concreción del objeto y un tema de la prueba, en el marco del desarrollo de la visita administrativa. Se tiene que anunciar lo que la Autoridad está investigando. Entre más claras reglas de procedimiento tenga, más beneficia a la Superintendencia.

Así, la Superintendencia tiene que cumplir sus funciones, con un límite previsto por la Corte Constitucional, que es que debe informar lo que va a verificar en la visita. El factor sorpresa no se pierde.

Con el fallo, queda claro que lo que genera multa no es dejar de entregar información, la Superintendencia tendría que establecer la pertinencia, conducencia y

necesidad de ese elemento y establecer que la empresa no la entregó y eso supone para el administrado que en un proceso sancionatorio de inobservancia de instrucciones de alegar en su defensa que esa información no era congruente con el tema de prueba definido en la credencial. En cuando al registro de personas naturales, sí se requiere orden judicial.

Bernardo Carvajal Sánchez

Aquí se analizaron dos tipos de normas: una sobre visitas de inspección de la Superintendencia de Sociedades, relacionadas con soborno transnacional, y otras de la SIC en ejercicio de sus funciones administrativas en protección del consumidor; es decir que no se analizan competencias relacionadas con procesos sancionatorios de protección de la competencia. Por ello tengo muchas dudas para afirmar rotundamente que ya existe un precedente constitucional directamente aplicable a las visitas de inspección sobre investigaciones en materia de libre competencia, pues ese precedente directo no existe. Habría que ver qué se podría extender de ese precedente al marco de las visitas de inspección relacionadas con investigaciones sobre libre competencia.

Existe un problema en la motivación de la decisión de la Corte, en relación con las visitas de inspección de la SIC, dado que en el fallo no se está analizando el procedimiento de prácticas comerciales restrictivas. Ahí la Corte no pudo señalar una línea para decir si se trata de simples visitas de inspección que se pueden hacer aleatoriamente en el marco de competencias de inspección, vigilancia y control, que no se pueden confundir con los procesos administrativos sancionadores.

Por supuesto, las visitas por fuera de un proceso sancionatorio tienen que ser sorpresivas y eso es lo que da a entender la Corte. Sin embargo, el fallo se refiere a las garantías del investigado y del procedimiento que se adelanta con el investigado, y no queda claro si es una visita que se ordena dentro de una averiguación preliminar.

Adicionalmente, la Corte no integra y no interpreta el artículo 37 del CPACA, que sería una norma supletiva dentro del procedimiento sancionatorio de la libre competencia que indica a partir de cuándo hay que comunicarle a un tercero que todavía no ha sido parte vinculado a un proceso, que le están adelantando una actuación administrativa respecto de la cual puede estar interesado. Es una garantía del CPACA: no puede haber investigaciones a espaldas respecto de quienes pueden estar presuntamente investigadas, pero si ya tenemos algunos indicios no podemos dejar de aplicar el artículo del CPACA.

Un último punto, sobre las pruebas. Aquí no se va a proteger la información del comerciante por vía de la inviolabilidad del domicilio ni del derecho a la intimidad; por lo que de alguna forma la Corte sí le da un espaldarazo a la Superintendencia. No establece entonces para las personas jurídicas un límite distinto al de las personas naturales, y en todo caso afirmó que no se trata de allanamientos. Sin embargo, en la sentencia no hay otro debate, porque el cargo de la demanda era respecto al derecho de la intimidad, nada más. No se abordó el debate sobre la reserva documental y los papeles del comerciante. Ahí todavía sigue y seguirá el debate.

CONCLUSIONES

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 es un universo en sí mismo. El artículo como tal no es muy largo, ni muy especial a primera vista. Pero, en la práctica, este artículo determina un aspecto clave para el Derecho de la competencia, que es la manera como la Administración se comporta frente a los ciudadanos en el desarrollo de sus funciones. Y por ello este artículo es de la mayor trascendencia para el estudio del Derecho de la competencia colombiano.

En este panel se trataron varios temas centrales al procedimiento que describe este artículo. Un primer tema tiene que ver con la capacidad de la Superintendencia de Industria y Comercio para procesar todas las quejas que recibe. Las cifras revelan que la capacidad de esta entidad es muy limitada. Para filtrar las quejas que se presentan, esta entidad creó una institución informal conocida informalmente como la *quejatura*, que básicamente adelanta una averiguación anterior a la averiguación preliminar (lo cual encierra problemas lógicos y prácticos, como apuntó el doctor Carvajal). El doctor Sossa considera que esta etapa no es problemática en sí misma, pero también señala que sería muy provechoso que la misma autoridad detallara más cómo adelanta dicha averiguación.

Un segundo tema tiene que ver con la doble instancia precisamente en materia de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia. Esta figura existía antes de la expedición del Decreto 2153 de 1992, pero fue eliminada con dicho decreto. El doctor Carvajal considera que la ausencia de doble instancia en este tema es problemática, ya que a la luz de la doctrina constitucional todas las personas tienen un derecho a la doble instancia como parte del derecho fundamental al debido proceso. El doctor Sossa también considera que la ausencia de doble instancia es problemática, y analiza algunos aspectos puntuales de cómo sería su funcionamiento. El más importante de estos aspectos es el de la independencia de los funcionarios: de nada serviría instaurar la doble instancia si el Superintendente de Industria y Comercio puede nombrar y remover libremente al Superintendente Delegado.

Un tercer tema es el de la naturaleza de las medidas cautelares que puede ordenar el Superintendente de Industria y Comercio. El superintendente Pablo Felipe Robledo (2012-2018) ordenó en la investigación seguida contra el consorcio Ruta del Sol II la terminación del contrato que tenía dicho concesionario precisamente como medida cautelar; esta actuación no parece adecuarse con lo que ordena la Ley 1340 de 2009 o el Decreto 4886 de 2011 sobre medidas cautelares. Para el doctor Carvajal, las medidas cautelares deben ceñirse a lo que establece el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 y, por lo tanto, deben buscar garantizar la efectividad de las decisiones de fondo de la autoridad. El doctor Sossa, por su parte, considera que es problemático que sea el Superintendente de Industria y Comercio el que decida las medidas cautelares, ya que cuando estas se solicitan él todavía no tiene acceso al expediente de la investigación, y por lo tanto no conoce las pruebas que se allegan. Así mismo, señala que la imposición

de medidas cautelares implica una carga argumentativa especial para la entidad que no puede ignorarse fácilmente.

Por último, los panelistas se pronunciaron brevemente sobre la Sentencia C-165 de 2019, la cual declaró exequibles varias normas sobre visitas administrativas y obtención de documentos por parte de varias Superintendencias. Las normas demandadas no son propiamente del campo del Derecho de la competencia, pero sí son afines a normas procesales que sí lo son y que tienen que ver con el desarrollo probatorio de las investigaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio. El doctor Sossa manifestó que esta sentencia no zanjó el debate, como esperaban algunos, sino que lo avivó, posiblemente debido a la falta de reglas puntuales sobre cómo debe la Superintendencia adelantar sus visitas. A su vez, el doctor Carvajal señaló que no es claro hasta qué punto esta decisión constituya un precedente en materia de visitas adelantadas en el trámite por prácticas restrictivas de la competencia. Ambos panelistas estuvieron de acuerdo en que la sentencia respalda las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio; igualmente, estuvieron de acuerdo en que la sentencia también obliga a la entidad a manifestar el objeto de sus visitas, y a obtener solo los documentos pertinentes a su investigación.

De manera general, los temas tratados en el panel muestran las complejidades que involucra el desarrollo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Muestran la falta de consenso que existe al interior de la comunidad de Derecho de la competencia, y especialmente entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la academia frente a aspectos puntuales como las medidas cautelares o el desarrollo de las visitas administrativas. También muestra los contornos sobre los que existe un posible acuerdo al interior de esta comunidad, y sobre los que puede mejorarse en el desarrollo de las actividades cotidianas de la autoridad de competencia.